

〈특집〉

## 『서울대학교 法學』 50년 : 헌법 분야의 연구성과와 전망

李 孝 元\*

### I. 개요

지난 50년간 『서울대학교 법학』에 발표된 헌법 분야의 논문은 총 158편이다. 헌법 분야의 연구성과에 대하여는 이를 현행헌법의 전(前), 현행헌법 이후, 그리고 통일법 분야로 구분하여 검토하고자 한다. 1987년 개정된 현행헌법은 이른바 민주화운동의 성과로서 권위주의 통치를 마감하였을 뿐만 아니라 헌법재판소를 설치하여 실질적 입헌주의를 확립하는 새로운 시대를 열었다고 평가할 수 있어 헌법제도와 현실을 그 이전의 시대와 확연히 구별할 수 있다. 또한, 통일법 분야는 이를 헌법학의 영역에 포함시킬 수 있으나 우리 헌법이념이나 분단국가의 역사적 현실에 비추어 상대적으로 헌법의 다른 영역과 독립적으로 차별화할 수 있다. 이러한 이유로 헌법 분야에서의 연구성과를 유형화하는 기준이 다소 정합적이지 못한 면이 있지만, 편의상 그와 같이 구분하고 여기에 일반적으로 분류되는 주제별 유형을 가미하여 그 주요 특징과 개별적 논문의 내용을 검토하기로 한다.

헌법 분야의 연구성과에 대하여는 아래의 논문발표 통계를 참고로 하여 그 주요 특징을 살펴본다.

구분	총론	정치제도 (국가작용)	기본권	헌법재판	계
현행헌법 전(前)	14편	5편	17편	19편	55편
현행헌법 이후	17편	20편	14편	28편	79편
통일법	분단국가의 통일관련 법제(9편), 북한법(11편), 남북교류협력법제(4편)				24편

\* 서울대학교 법과대학 · 법학대학원 부교수

현행헌법 전에는, 첫째, 헌법재판제도가 활성화되지 못한 상황이었음에도 불구하고 헌법재판 분야(19편)에서 헌법재판에 관한 헌법이론과 외국의 헌법재판제도에 관한 연구가 활발하게 진행되었다. 둘째, 총론 분야(14편)에서는 헌법의 기본원리, 헌법사, 그리고 비교법적 연구가 주류를 이루었고, 기본권 분야(17편)에서는 주로 기본권의 체계화를 위한 일반이론과 개별적 기본권으로서 평등권과 표현의 자유에 관하여 활발하게 연구되었다. 셋째, 정치제도(국가작용) 분야(5편)에서는 헌법이 제정되고 국가체계가 정비되는 과정에서 수차례에 걸쳐 헌법이 개정되었음에도 불구하고 정부형태와 정당 및 선거제도에 관한 약간의 연구성과가 있었을 뿐 양적으로는 연구가 적은 편이었다.

현행헌법 이후에는, 첫째, 헌법재판소의 설치를 계기로 헌법재판이 활성화되면서 헌법재판 분야(28편)에서 판례평석, 헌법이론은 물론 비교법적 연구도 풍성한 성과를 올리고 있다. 둘째, 권위주의 통치를 마감하면서 정치제도(국가작용) 분야(20편)에서도 정부형태, 정당제도, 선거제도는 물론 입법과 사법에 관해서도 많은 연구성과가 발표되었다. 셋째, 총론 분야(17편)에서는 헌법사, 비교헌법학, 헌법학 방법론에 관한 연구가 지속되었고, 기본권 분야(14편)에서도 기본권 일반론과 평등권, 양심의 자유, 표현의 자유를 중심으로 활발한 연구가 진행되었다.

통일법 분야(24편)는 분단국가의 통일관련 법제, 북한법, 남북교류협력법제로 구분할 수 있는데,<sup>1)</sup> 첫째, 통일관련 법제(9편)는 대부분 1990년 이전에 발표되었으며, 주로 헌법상 통일조항에 대한 해석론과 남북관계의 법적 지위를 분석하고, 특히 독일의 사례를 비교법적으로 연구한 것이 특징이다. 둘째, 북한법(11편)은 자료의 입수와 법현실의 고찰이 어려운 여건에서 법체계 일반과 헌법을 비롯한 주요 법률을 신속하게 소개하였으며, 1990년 이후에는 최근 북한법률의 변화내용과 북한인권에 관한 논의를 중심으로 연구가 심화되고 있다. 셋째, 남북교류협력법제(4편)는 모두 1992년 남북기본합의서를 체결한 이후에 연구되었으며, 주로 법제도적 분야에서의 입법정책적인 개선방안을 제시하는 방향으로 연구가 진행되었다.

1) 통일법 분야에서의 논문은 영어로 발표된 논문이 총 6건으로 많은 편이다.

## II. 개별 논문에 대한 검토

### 가. 현행헌법 전(前)

#### (1) 총론

우리나라 헌법은 헌정사에 비하여 개정이 매우 잦은 편이었고, 이러한 특성을 반영하여 우리나라 헌법사와 헌법학의 과제에 관한 논문이 지속적으로 발표되었다. “개정헌법에 대한 해설과 비판”(김도창, 1960)은 제2공화국의 1960년 개정헌법을 헌법개정이라고 판단하고, 기본권 보장을 위한 의원내각제 개헌, 독재의 방지, 정국의 안정을 그 주요 골자로 하며, 개정절차의 줄속, 국회의원만으로 구성된 기초위원회, 최소한도의 내각책임제 반영을 문제점으로 제기하였다.<sup>2)</sup> “헌법개정의 법리”(권영성, 1978)는 헌법개정의 개념, 유형, 한계에 관한 헌법이론을 체계적으로 분석하였고, “제5공화국 헌법과 경제질서”(권영성, 1981)는 우리 헌법상 경제질서 규정을 중심으로 사회적 법치국가의 관점에서 제5공화국 헌법을 분석하였다. 또한, “우리나라 공법사 이해의 한 시도”(최대권, 1976)는 구한말에서부터 대한민국 헌법에 이르기까지의 공법사를 막스 베버의 임페리움과 공법의 개념을 대비하여 법사회학적 관점에서 분석하여 소개하였다. 즉, 처벌규정으로서의 임페리움과 통제규범으로서의 공법을 구분하고, 조선시대의 법질서에 있어서 유교윤리가 공법의 기능을 담당하였으며, 일제하에서는 약탈적 법질서에 대한 통제장치가 없었음을 논증하고, 건국헌법의 특징으로 독립과 민족주의, 서구자유주의, 사회주의적 경향을 제시하였다. 그 외에도 “헌법학 30년의 회고와 전망”(문홍주, 1978)은 군정시대부터 제4공화국까지의 헌법체제에 대하여 민주적인 온건헌법(제1공화국), 자유만능의 의원내각제(제2공화국), 독재와 자유의 조화(제3공화국), 대통령권한의 강화를 통한 국가능률의 극대화(제4공화국)로의 변화를 회고하고, 전망으로는 우리 헌법의 원형인 프랑스 헌법에 대한 연구가 필요하다고 주장하였다. “헌법학의 당면과제”(최대권, 1987)는 헌법규범과 헌법현실의 괴리를 우리 헌법학의 문제점으로 제기하고, 입헌주의의 확립을 위한 여건을 마련함으로써 민주주의를 실현하는 것을 당면과제로 제시하고, 입헌주의는 민주주의의 필수적 전제조건이며, 저항권이나 혁명도 입헌주의에 부합하는 것이어야 하며, 최근의 민중

2) 이 논문은 1960년 6월 16일 공포된 1960년 헌법에 대한 것으로, 1960년 6월호(제2권 제1호)에 발표되었다.

이론도 입헌주의 원칙에 근거할 때에만 인정되는 것임을 강조하였다.

헌법이 제정되고 수회에 걸쳐 개정되는 과정에서 헌법의 기본원리, 헌법현실, 그리고 비교법적 연구도 많이 진행되었다. “민주적 기본질서”(김철수, 1979)는 민주적 기본질서의 개념, 형태, 내용을 검토하고, 한국헌법과 독일헌법의 차이, 이념(자유, 평등, 복지)과 형태(자동성의 원리, 국민에 의한 국정참여, 다수결의 원리), 내용과 제도(자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서), 우리 헌법상 민주적 기본질서(자유 및 사회민주주의를 포괄하는 질서, 기본권보장, 국민주권, 권력분립, 정부의 책임성, 법치주의, 사법권 독립, 복수정당제, 사회정의의 원리, 국제평화주의, 위헌정당의 해산)를 체계적으로 정리하였다. “헌법규범과 헌법현실”(권영성, 1977)은 국가학과 헌법학의 대상으로 헌법규범과 헌법현실을 분석하고 헌법학의 과제는 이들의 대립과 충돌을 합리적이고 적절한 헌법해석을 통하여 지양하는 것이라고 제시하였으며, “민족주의와 헌법”(최대권, 1984)은 다원주의 이데올로기로서의 민족주의 이론을 소개하고, 우리 헌법에 있어서 민족주의는 사실적 측면에서 전문, 영토조항으로 나타나고, 당위적 측면에서 인간의 존엄과 가치, 민족의 생존과 번영, 평화적 남북통일의 이념적 지표와 한계로 작용하고 있음을 분석하고, 인류보편의 이상과 민족주의의 조화가 우리 헌법적 과제이므로 민족주의는 세계평화주의와 자유민주주의를 동시에 추구하고, 이성에 기초를 두어야 함을 강조하였다.

비교법적 분야에서의 연구성과로 “비교헌법학의 영역과 연구방법”(권영성, 1980)은 비교헌법학이란 세계 각국의 헌법과 헌법현상에 관하여 역사적 발전과정, 법적 구조와 형태, 사회정치적 기능 등을 비교하여 공통된 일반원칙이나 유형을 발견하고 그 보편성과 특수성을 해명하고 이론화하는 것이며, 연구방법으로서 기능적 방법, 법사회학적 방법, 역사적 방법을 그때그때의 문제에 따라서 적절히 선택할 것을 주장하였다. “미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설”(김철수, 1985)은 구한말에서부터 해방 이후 미군정을 거치면서 건국헌법이 제정되는 과정까지 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향을 항목별로 구분하여 체계적으로 분석하였다.<sup>3)</sup> 또한, “바이탈공화국 전기의 헌법발전에 관한 고찰”(권영성, 1978)은 바이탈공화국의 성립과정(11월 혁명과 제국헌법 폐지, 인민대표평의회 지배, 국민회의 소집과 프로이쓰 헌법초안 등), 바이탈헌법의 내용과 특색(국민주권주의와 직

3) 이 논문은 미군정 3년 기간과 건국헌법이 제정되는 과정에서 제시된 다양한 의견과 그에 관한 사료를 바탕으로 미국헌법의 영향을 실증적으로 분석하였다.

접민주제 채택, 권력의 분립, 연방과 주의 관계, 경제질서의 사회화, 기본적 인권의 보장, 헌법현실(헌법의 정상적 작동을 방해하는 정치현실, 비례대표제로 인한 군소정당 난립, 대통령의 긴급명령에 의한 지배), 통일국가적 경향(재정의 연방정부 통합, 행정권의 중앙집권화, 지방분권주의의 반발)을 소개하고, 바이말헌법의 종말의 원인으로 의회주의의 위기(정당의 난립과 의회의 통제기능 마비, 직접민주제의 실패, 군소정당의 난립과 의원내각제의 실패, 범유럽적 의회주의 위기, 국민의 단합의사와 의지의 부재)와 헌법 제48조에 의한 대통령의 독재화(연방대통령의 권한강화, 군부의 지지, 급진주의 정당의 활동)를 들었다.

한편, 헌법분야에서 외국 학자가 논문을 발표하였는데, Gisbert Flanz 뉴욕대 교수는 1962년 “Comprative Study of Constitutions and Constitutionalism”에서 입헌주의에 관한 비교법적 연구성과를 소개하였고,<sup>4)</sup> Helen Silving 푸에토리코 법대 교수는 “The Operation of American Democracy in Law”(1968)에서 미국 민주주의의 기본원리로 다원주의, 연방주의를 들면서 시민권의 다양성, 연방법원을 통한 인신보호를 그 특징으로 소개하였다.

## (2) 정치제도(국가작용)

헌법이 제정되고 국가체계가 정비되는 과정에서 정부형태의 문제는 헌법의 핵심적 쟁점이었으나, 이 시기에 정부형태에 대한 논의는 그다지 활발하게 진행되지 못하였다. “의원내각제의 이론”(한태연, 1959)은 입헌주의 정부형태의 유형으로서 의원내각제를 헌법이론적으로 분석하고, 의원내각제의 본질과 기능에 대하여 민주주의, 권력분립, 국가원수의 지위의 측면에서 검토하였다. 이 논문은 진정한 의원내각제의 요소로 집행권의 이원주의, 권력의 균형과 공화를 제시하면서 이러한 기준에 비추어 볼 때 한국의 건국헌법은 헌법구조상 불가능한 요소들을 형식적으로 결합한 것으로서 의원내각제 요소는 회의정체나 신대통령체제로 변질될 위험성을 내포하고 있다고 결론지었다.<sup>5)</sup> 또한, “정부형태의 비교연구”(권영성, 1979)는 정부형태의 유형으로 의원내각제, 대통령제, 제3세계국가의 유형을 구분하여 그 역사와 장단점 등을 비교법적으로 분석하고 최근 경향으로 의원내

4) 이 논문은 1962년 가을 본교를 방문하여 강의한 것을 정리한 것이다.

5) 이 논문은 당시 한국의 대통령중심제 정부형태에서 의원내각제의 유형에 대하여 영국, 프랑스, 독일의 바이마르헌법을 중심으로 한국의 헌법과 비교법적으로 분석함으로써 1960년 의원내각제 정부형태로 채택한 제3차 개정헌법에 이론적인 근거를 제공할 수 있었던 것으로 추측된다.

각제와 대통령제의 구별이 상대화되고 있음을 지적하였다.

정치제도(국가작용)에 있어서 정당 및 선거제도에 관한 논문으로는 “정당의 헌법상 지위에 관한 비교헌법적 일고찰”(김철수, 1962)은 제2공화국 1960년 개정헌법에 신설된 정당조항과 민주적 기본질서 조항에 대하여 독일 등 외국의 사례를 중심으로 헌법규범적 의미를 분석하였고,<sup>6)</sup> “선거범죄에 관한 고찰”(김철수, 1972)은 선거운동의 자유와 선거범죄에 관한 법이론을 소개하고, 역대 선거범죄의 유형과 실태를 실증적으로 분석하여 선거범죄에 대한 대책(국민의 선거의식 고양, 선거제도 개혁, 선거범죄를 형사범으로서 형법에 규정하는 방식 제안)과 선거법의 개정방향(비례대표제 도입, 매수죄에 있어서 피매수자 처벌 제한, 신문 등 매체이용의 자유화, 선거관리위원회의 고발의무규정 신설, 선거범죄의 준기소절차의 특례화, 정치의식의 양양과 계몽)을 제시하였다. 한편, “계엄에 관한 약간의 고찰”(김도창, 1964)은 국가긴급권으로서 계엄에 대하여 영국, 프랑스, 독일 등 비교법적 검토를 바탕으로 사법통제에 관한 헌법적 쟁점을 분석하였다.<sup>7)</sup>

### (3) 기본권

기본권에 관하여는 이를 체계화시키기 위한 연구가 진행되었고, 특히 평등권과 표현의 자유에 관한 연구가 심화되었으며, 그에 관한 미국의 판례도 많이 소개되었다. 기본권 일반이론으로서 “기본권의 존중과 한계”(김철수, 1965)는 인간의 존엄과 가치를 중심으로 기본권의 제한과 한계에 관한 일반원리를 독일의 헌법이론과 비교하여 분석하였고, “기본권의 체계”(김철수, 1968)는 기본권과 제도보장을 구별하면서 새로운 기준에 따라서 기본권을 체계화시키고 각 기본권의 연혁, 구조와 특성, 법적 성격을 분석하였다. 또한, “기본권의 제한 및 한계에 관한 한 연구”(최대권, 1981)는 헌법 제35조 제2항을 입법과 사법작용에 있어서 기본권 제한의 한계기준으로 이해하여 헌법유보, 기본권의 내재적 한계의 개념을 인정할 필요가 없다고 분석하고, 기본권 제한의 사유와 기본권 제한입법의 합헌성의 심사기준을 미국의 사례와 비교하여 엄격하게 적용할 것을 주장하였으며, “기본권의 제3자적 효력에 관한 한 연구”(최대권, 1981)는 거대 사조직에 의한 개인의 기본권 침해현상을 직시하고 독일과 미국의 헌법이론을 비교법적으로 분석하여

6) 이 논문은 1962년 5월호에 게재되었는데, 독일정당법 초안 전문을 소개함으로써 그해 12월 제정된 한국의 정당법의 기본방향과 내용에 큰 영향을 주었다고 평가된다.

7) 이 논문은 헌법분야에서 처음으로 영문으로 추록을 첨부한 것이 특징이다.

기본권의 제3자적 효력의 헌법적 근거로서 대표와 책임의 원리를 제시하였다.

개별적 기본권에 관해서는 “양성평등의 헌법이념과 신분법상 실현에 관한 비교법적 고찰”(전봉덕, 1962)은 1958년 제정된 민법의 가족법 분야에서 호주제도, 동성동본금혼, 혼인의 신분 및 재산상 효력 등에 관한 다수의 규정이 구시대적이고 양성평등의 원칙에 위반되어 위헌적이라고 분석하였다.<sup>8)</sup> “병역의무와 특혜”(최대권, 1987)는 2대독자의 보충역편입거부처분에 관한 서울고등법원 판결을 평석하면서 2대독자의 해석에 있어서 가(家)의 호주의 성이 여성이기 때문에 2대독자의 지위를 인정하지 않는 것은 남녀평등의 원칙에 위배된다고 비판하였다. 또한, “저항권 소고”(김철수, 1980)는 저항권의 의의, 각국의 역사적 발전과 유형을 비교법적으로 검토하고, 저항권의 본질(수동적 저항과 능동적 저항으로 구분, 자연권성, 헌법수호기능, 제도화의 문제), 행사(주체와 객체, 행사요건, 행사의 목적, 방법과 한계), 효과(위법성조각사유에 해당)에 대하여 체계적으로 분석하였다. 그 이외에도 “자유권적 기본권에 관한 판례의 경향”(김철수, 1969)은 최근 판례를 중심으로 평등권(처의 무능력규정과 관련된 남녀평등, 군인 등 신분과 국가배상청구권 제한), 신체의 자유(사형제도 합헌, 죄형법정주의와 위임입법의 한계, 비상계엄하에서의 영장주의 원칙, 자백의 증거능력 제한), 언론의 자유(사전억제와 보도판례의 부인, 명예훼손과 외설문제, 집회결사의 자유), 양심의 자유(병역법 합헌), 사회경제적 자유(처의 거주권 불인정, 재산권보장) 등을 소개하였고, “청구권적 기본권에 관한 판례의 경향”(김철수, 1971)은 최근 판례를 중심으로 재판청구권(법률과 법원에 의한 재판, 대법원 상고심급 제한, 행정재판과 소원전치주의), 형사보상청구권, 국가배상청구권(재산권성 인정, 직접적 효력규정, 사적 영역에서의 민법 적용, 군인 등에 대한 청구권 제한의 위헌성, 배상액기준의 합헌성) 등을 분석하였다.

개별적 기본권 가운데 표현의 자유에 관하여는 “언론출판의 자유와 행정적 재량에 관한 판례연구”(엄민영, 1959)는 서울고등법원이 미군정법령 제88호에 따라 행해진 경향신문에 대한 발행허가취소(폐간처분)에 대하여 행정처분의 자유재량 행위를 이유로 사법심사의 대상에서 제외한 것은 기본권 보장원칙과 법치주의에 위반되는 것이라고 비판적으로 분석하였고, “언론출판의 자유의 범리”(권영성, 1979)는 언론출판의 자유의 연혁, 보호법익, 현대적 의미를 설명하고, 법적 성격

8) 이 논문은 1962년 12월에 발표되었는데, 호주제도와 동성동본금혼에 관한 규정에 대하여는 헌법재판소가 1997년과 2005년에 각각 헌법불합치결정을 한 것을 고려할 때 선각자적 인식을 보여주는 사례라고 할 수 있다.

(개인적 자유권이자 제도적 보장, 그 밖의 기본권과의 관계), 주체, 효력(대국가적 효력과 제3자적 효력), 구체적인 내용(사상과 의견의 표명과 전파의 자유, 정보의 수집과 처리의 자유, 신문의 자유), 한계(명예훼손, 프라이버시, 사회윤리), 제한(사전억제, 사후억제, 제한입법의 합헌성 심사의 기준), 예외적 제한(긴급조치, 비상계엄, 특별권력관계)을 체계적으로 분석하였다. 또한, “언론과 법”(최대권, 1987)은 국가와 언론의 이익충돌, 개인과 언론의 이익충돌의 측면에서 우리나라 언론의 독립성과 그 문제점을 지적하고, 법의 지배의 원칙을 위한 언론기본법의 제정을 강조하였다. 이 논문에서는 언론의 자유는 주관적 공권임과 동시에 객관적 질서이며, 민주주의 정치질서의 적극적 구성원리이기도 하지만, 언론기업의 출현으로 제3자적 효력의 문제로 등장하게 되었고, 언론의 자유에는 국민의 알권리도 포함되며, 그 제한과 한계의 원리는 헌법 제37조 제2항을 중심으로 통일적으로 이해해야 한다고 강조하였다. 한편, “국제연합과 인권보장 : 개인의 청원권”(양건, 1977)은 개인의 기본권이 국가권력에 의하여 침해당하였을 경우에 국제연합 등 국제기구에 청원할 수 있는 법적 제도를 소개하고, 이러한 청원권은 국제법 영역에서 개인의 권리주체성을 인정하는 것에 큰 의미를 부여하고, 다만 이는 법률적 권리구제가 아니라 정치적 권리구제수단이라는 한계가 있음을 인정하였다.<sup>9)</sup>

특히, 표현의 자유에 관하여는 미국의 판례이론이 많이 소개되었는데, “표현의 자유의 이론과 현실”(김석조, 1972)은 표현의 자유에 대한 헌법적 결단으로 인간성의 실현, 진실의 탐구, 민주정치의 형성과 참여, 안정과 변화의 조화를 제시하고, 미국의 판례를 통해 변화하고 있는 헌법이론(해악경향설, 명백하고 현존하는 위협설, 비교형량설, 헌법적 결단설)을 소개하였고, “언론출판의 자유와 공무원에 대한 비평의 한계”(이태로, 1967)에서 미국의 최근 판례를 평석함으로써 공무원의 직무행위를 비판하는 행위를 정치적 표현의 자유로 보호한다는 내용을 소개하였다. “미국 판례법상 표현의 자유와 과도한 엄격성의 원칙”(양건, 1982)은 막연하기 때문에 무효라는 원칙과 구별되는 기본권 제한입법의 심사기준으로 과도한 엄격성의 원칙을 설명하고, 미국의 *Gooding v. Wilson* 등 판례를 분석하고 그 변화의 경향을 소개하였으며, “미국에서의 애매성 무효이론과 광범성 무효이론”(남궁호경, 1987)은 미국의 판례를 중심으로 언론의 자유에 있어서 이익형량

9) 이 논문은 기본권의 영역을 국제법으로 확대하는 경향을 소개하고, 헌법문제를 국제법 영역에까지 확대하는 노력의 하나로 평가된다.



의 한계를 보완하기 위하여 등장한 광범성 무효이론을 엄격한 심사기준으로 채택하고 있는 것을 분석하였다.

#### (4) 헌법재판

현행헌법에서 헌법재판소를 설치하기 전까지는 헌법재판에 관한 연구는 일반 이론과 외국의 제도를 소개하는 것이었다. 그러나 이 시기에도 우리나라의 헌법 재판제도를 연구하고 판례를 평석한 연구도 있다. 헌법재판제도에 관한 논문으로는 “우리나라 위헌법령심사제의 기초”(갈봉근, 1966)는 헌법재판에 있어서 위헌 법령심사제의 이론적 기초와 역사적 발전과정을 검토하고, 우리나라의 위헌법령심사제도를 비판적으로 분석하였다. 우리나라 위헌심사제의 문제점으로 주체(심사권이 분산되어 법적 안정성이 결여, 비전문가로서 판단하여 사법의 정치화 우려, 절차의 지연과 비경제성), 위헌심사의 기준(최광의의 헌법으로서 헌법의 구성 원리와 일반원칙, 자연법은 포함되나, 국제법과 국제법의 일반원칙은 제외), 범위(위헌적 헌법규범, 조약, 정치적 문제), 효과(법적 안정성과 정의와 공평을 고려해서 장래효가 원칙이나 형사법은 소급효를 가짐)로 구분하여 제기하였다.<sup>10)</sup> “선거소송에 있어서의 당사자적격”(김철수, 1968)은 당시 대법원이 헌법재판의 일종으로 선거소송을 관할하고 있으면서 판결한 당사자적격의 문제를 분석하고 선거소송의 공법적 쟁송재판, 민중소송, 객관적 소송의 특성을 고려하여 원고적격과 피고적격을 폭넓게 인정할 것을 제시하였다.

우리나라 헌법재판에 관한 판례평석으로는 “법률 제120호에 대한 헌법위원회 결정 비판”(민운식, 1959)은 건국헌법에서 헌법재판기관으로 기능한 헌법위원회가 미군정법령 법률 제120호에 대해 기각결정에 대해 귀속재산에서 해제한 관재청의 행정결정을 재심사하는 규정으로 단순한 행정적 조치에 불과하여 실질적인 권리의 존부를 확인하는 것이 아니어서 헌법상 재산권을 침해하거나 사법권을 침해한 것이 아니라고 판시하자 관재청의 결정에 대한 법무부장관의 확인신청각하는 확정판결과 동일한 효력을 가지므로 재산권의 침해에 해당한다고 평석하였다. “군정법령의 위헌심사권은 법원에 있다”(이동진, 1959)는 미군법령 제88호에

10) 이 논문은 우리나라가 헌법재판기관으로서 헌법위원회(제1공화국), 헌법재판소(제2공화국), 법원(제3공화국)을 경험한 상황에서 헌법이론적 기초를 비교법적으로 소개하고, 우리나라에 대해서 미국형 법원심사형을 채택하고 있으면서도 대륙법을 계수한 점, 연방주의가 아닌 점, 법원에 대한 신뢰가 없는 점이 미국과 비교하여 위 제도운영의 장애요인으로 작용한다고 분석하였다.

의거하여 경향신문에 대한 발행허가취소(폐간처분) 및 무기한정간처분과 관련하여 군정법령 제88에 대하여 위헌여부를 제청한 사건에서 서울고등법원은 이를 헌법위원회 심사대상이 아니라는 이유로 각하처분한 판결에 대해 당시 헌법 부칙조항에 의하여 효력을 갖는 군정명령은 타율적인 법으로서 대한민국 국회가 자율적으로 제정 또는 동의한 것이 아니므로 헌법위원회의 심사대상인 “법률”에 포함되지 않는다고 하였다. 이는 헌법위원회의 군정법령의 위헌심사권을 가진다고 판시한 선례(남조선과도정부행정명령 제9호에 대하여 청주지법이 위헌제청하고, 헌법위원회의 단기 4287년 2월 17일 합헌이라고 결정한 선례)와 모순되는 판결에 대하여 법원이 그 심사권을 가짐을 밝힌 것이다.<sup>11)</sup> “통치구조에 관한 헌법 판례의 경향”(김철수, 1973)은 법률의 효력, 조세법률주의와 위임입법, 국회의 자율권과 위헌심사, 계엄선포 및 해제의 사법심사, 사법권의 범위와 한계를 중심으로 통치구조에 대한 헌법판례의 변화를 분석하여 소개하였다.

외국의 헌법재판제도를 소개하고 판례를 분석한 것으로 “독일연방헌법재판소의 지위와 권한”(김철수, 1979)은 독일의 헌법재판제도에 대하여 헌법상 지위, 권한과 한계에 대하여 구체적으로 분석하였고, “A Study of Japanese Judicial Review System”(최대권, 1971)은 일본의 사법심사제도를 영문으로 소개하였다. 또한, “미합중국 최고법원의 최근 판례”(문홍주, 1966)는 법 앞의 평등보호, 언론출판의 자유 등 미국의 기본권과 적법절차의 원칙에 관한 최근의 판례를 분석하였으며,<sup>12)</sup> “United States v. Nixon, 418 U. S. 683(1974)”(김철수, 1975)은 미국 닉슨대통령의 워터게이트 사건에 대한 연방대법원의 판결을 분석하여 소개하였다.<sup>13)</sup>

## 나. 현행헌법 이후

### (1) 총론

현행헌법 이후 총론 분야에서는 헌법학 방법론을 비롯하여 헌법사, 국가학, 비교헌법학 등 다양한 연구가 시도되었으며, 한국의 헌법학을 반성적으로 회고하고 미래를 전망하는 작업도 계속되었다. 헌법의 기본원리에 대하여는 “6.25전쟁의

11) 이 판결과 논문은 그 당시 헌법위원회의 10년간 단 6건의 사건을 처리하면서 2건에 대해서만 위헌선언을 한 것을 고려할 때, 헌법재판제도의 법적 성격과 본질을 헌법이론적으로 분석한 유용한 사례라고 평가할 수 있다.

12) 이 논문은 1964년 10월부터 1965년 6월까지의 최근 판례를 분석하여 1966년 3월호에 소개하였다.

13) 이 논문은 부록에 닉슨대통령의 워터게이트 사건의 판결문 전문을 번역하여 수록하였다.

법적 조명”(최대권, 2000)은 6.25전쟁은 입헌주의 체제를 수호하기 위한 전쟁이었으며, 대규모의 전쟁이 진행 중인 비상사태상황에도 불구하고 이를 지키고자 한 입헌주의체제의 모습은 비상헌법의 발동과 헌법위원회에 의한 사법심사를 실시한 것을 통해 알 수가 있다고 지적하였다. “문화재보호와 헌법”(최대권, 2003)은 문화재보호의 목적은 우리의 민족적 공동체의 문화적 정체성의 유지·발전과 동시에 인류문화유산의 보전·발전을 통한 세계평화와 인류공영에 기여함에 있다고 분석하고, 문화재보호입법에 있어서 개방적인 개념과 기준을 설정하기 위해서는 교육과 문화적 교류를 통한 문화재의식의 제고가 중요하다는 것을 강조하였다. 또한, “국가의 문화유산보호의무와 고도의 보존”(정중섭, 2003)은 한국의 문화재보호법을 분석하고, 우리나라의 고도보존을 위한 특별법을 제정할 것을 제안하면서 일본의 日古保法을 참고하여 그 구체적인 내용을 제시하였다. “헌법의 연속성과 변화에 관한 담론 - 전통과 사회적 폐습을 중심으로 -”(최대권, 2003)는 헌법은 제9조를 통하여 헌법과 전통문화의 지속성을 담보하는 동시에 헌법원리와 충돌하여 양립할 수 없는 경우에는 이를 사회적 폐습으로서 타파할 것을 헌법전문에서 명하고 있다는 것을 전제로 사죄광고 위헌결정, 가정의례에관한법률이나 동성동본금혼에 관한 헌법재판을 비판적으로 분석하였다.

헌법학 방법론에 대하여는 “헌법학 방법론의 문제 - 그 합리성 모색을 위한 담론 -”(최대권, 2002)은 한국의 법률가와 법학자들이 외국의 학설과 판례에 대한 연구에만 집착하는 현상을 비판하면서 우리의 헌법과 헌법현상을 놓고 헌법적 문제를 제기하고, 이를 해결하기 위한 헌법학방법론으로 사회과학적·법철학적·법사학적 방법론을 제시하였으며, “권영성 교수의 학문여정 - 중용과 비판의 헌법학을 중심으로 -”(신우철, 1999)는 권영성 헌법학에 대하여 비교헌법학으로 아집과 맹종을 극복하였고, 헌법규범과 헌법현실의 간극을 줄이는 한편, 법치주의로 법을 통한 평화의 염원을 이룩함으로써 표준적 헌법이론을 구축하였다고 평가하였다. “헌법의 시민적 읽기 : 한국 헌법학 반성을 위한 프롤로그”(김홍우, 2006)는 법학적 또는 헌법학적 관점에서 법이론중심의 헌법해석이 아니라 우리나라의 현실과 시민공통의 실천적 삶의 관점에서 우리 헌법을 해석하여 읽는 것이 필요하다고 주장하였다.

헌법사적 관점에서 헌법을 연구한 것으로 “전시체제에서의 헌법형성(1948-1954)”(한상희, 2000)은 해방공간에서 건국헌법, 그리고 6.25전쟁을 거치는 동안 대한민국의 건국은 연속성을 가지는 것으로 파악하고, 그 과정에서 헌법은 정치의 수단으로 전략하고 완결된 정치투쟁을 확인하는 공증증서의 지위에만 머물러

있는 반입헌주의적 정치현실이 계속하여 반복된 것으로 파악하였다. 이 논문에서는 대한민국 건국헌법에 대해서 당시에는 국가형태의 기본에 관한 결단이나 이념적 지표를 향한 통합이 아니어서 건국헌법으로서 창설되었다고 보기 어려우며, 1954년 개정헌법을 통하여 비로소 건국이 완성되었다고 평가하였다. 또한, “한국 헌법사에 있어서 공화국의 순차(서수)”(성낙인, 2005)는 대한민국 헌법사에서 공화국의 순차에 대한 다양한 기준과 시각을 분석한 다음, 제1차적으로는 헌법사에 기초하고 헌정사적 요소를 동시에 고려하되 절대적 잣대가 아닌 상대적 잣대로서 시간적·공간적 단절성을 가미하여 미래를 향한 논의로서 제6공화국론의 의미를 부여하였다.

헌법학의 회고와 전망에 대하여는 “한국 헌법학 50년의 성과와 21세기적 과제”(김효전, 1995)는 한국 헌법학 50년의 성과를 연대별로 분석하고, 그 동안의 학회활동과 공법학자의 현황을 구체적으로 소개하였다. 이 논문에서는 한국헌법학의 특수성으로 분단의 소산, 규범과 현실의 괴리를 지적하고, 한국헌법학의 문제점으로는 헌법해석학 중심, 헌법현실을 위한 노력 미진, 외국 헌법이론의 수용과 섭취, 헌법의 규범력 제고 부족을 지적하였으며, 한국 헌법학의 과제로서는 통일국가의 수립, 산업국가로의 발전, 생활규범으로서의 헌법, 권력제한규범으로서의 헌법, 개별전문분야의 연구강화를 제시하였다. “헌정 50년과 자유와 평등의 이념”(안경환, 1999)은 자유민주주의 이념으로서 자유와 평등은 서로 대립하는 속성을 가진다는 것을 전제로 자유와 평등의 상관관계, 실질적 평등의 법적 논의를 위한 전제조건(정치적 자유가 어느 정도 성숙되어야 하고, 경제영역과 시민사회의 등장, 일정한 경제적 수준의 향상, 법원의 정상적 기능)을 설명하였다. 이 논문에서는 미국과 영국의 사례를 비교법적으로 검토하고 헌법재판소의 판결을 분석함으로써 현행헌법 이전에는 평등이 자유의 보충개념으로 기능하였으나, 현행헌법 이후에는 평등의 논의의 시대가 도래하였음을 강조하였다. “우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망”(최대권, 2008)은 대한민국 헌법의 기초원리인 법치주의에서 준법과 민주주의의 상관관계를, 의회주의에서 대통령정부형태에서의 국회의 위상과 문제점을 분석하고 최근의 개헌논의에 대해서 법제도 자체보다 정치문화, 법현실과 운용의 중요성을 강조하면서 정략적인 개헌발상을 비판하였다.

외국의 헌법이론을 소개하거나 한국과 비교법적으로 연구한 것으로 “미국헌법의 구도”(안경환, 1990)는 L. H. Tribe 교수의 이론에 따라 미국헌법의 기본구도를 7개 유형으로 구분하고, 미국헌법의 기본원리를 권력분립, 연방주의(입법권의

열거주의와 필요적절조항, 통상규제권의 확대, 입법권의 위임과 입법적 거부), 정부권력의 내재적 제한(실체적 적법절차), 확정된 기대에 대한 보호, 국가행위의 규정성, 구조적 정의 등을 제시하였다. “Verfassungsrecht und sozialer Wandel”(Dieter Grimm 베를린 훔볼트대학 교수, 2001)은 헌법해석과 사회변동의 상관관계에 대하여 헌법규범의 3요소로 규범텍스트(법실증주의와 오리지널리즘에 입각한 텍스트 중심적 해석), 규범목적(목적론적 해석), 규범영역(사회현실의 반영)을 제시하고 규범영역에서 사회변동이 발생하여 기존의 해석을 통해 목적달성이 어려워진 경우에는 규범목적에 부합하는 새로운 해석을 도출하여야 한다고 분석하였다. “Die Rolle des Staates im wirtschaftlichen Wettbewerb”(Dr. Uwe Blaurock, 2004)는 경제질서에 있어서의 국가의 역할과 기능과 관련하여 국가의 개입과 한계에 대하여 법률적 제한을 중심으로 검토하였으며, “프로이센 헌법갈등 연구”(송석운, 2004)는 1948년 이후 프로이센 헌법갈등의 계기가 되는 군사조직의 개편을 둘러싼 군주와 의회의 대립과정을 분석하고, 프로이센 헌법과 독일 카이저제국 헌법으로 대표되는 독일 후기입헌주의 헌법에서 실정헌법과 헌법현실이 절대군주제로의 회귀와 의회민주주의로의 전개 사이에서 제대로 정착하지 못하였다는 점을 확인하였다. 한편, “헌법규범과 사회실제”(許崇德 중국인민대학 교수, 1992)는 중국헌법의 기본원리(헌법은 현실로부터 비롯되지만, 현실보다 높은 곳에 위치한다. 나라의 기본제도는 헌법의 제약을 받는다. 현실생활의 변화는 헌법개정을 초래한다.), 주요 내용(입법권의 변화, 무장역량의 통솔, 행정수장책임제, 기한임기제, 인민검찰원의 영도체계, 지방인민대표대회 상무위원회 설치, 특별행정구, 공민의 기본권리와 의무, 경제제도, 대외관계), 헌법보장제도(법률의안의 심사, 사업보고와 청취, 조사위원회의 조직, 대표의 질의와 시찰, 파면권 행사, 부적당한 규범적 문서의 폐지)를 소개하였다.<sup>14)</sup>

## (2) 정치제도(국가작용)

이른바 민주화와 함께 현행헌법이 등장하고, 이와 함께 입헌주의가 정착함에 따라서 정당제도와 선거제도에 관한 연구가 활발하게 진행되었고, 정치제도에 대하여도 다양한 분야에서 연구성과가 나왔다. 정당제도에 대하여는 “헌법과 당내 민주주의”(최대권, 2001)는 정당의 당헌과 당규를 무시하고 당총재가 국회의원 공천권을 행사하는 것은 헌법의 정당조항과 정당내부를 규율하는 민주주의적 헌

14) 이 논문은 중국어 원본과 한글 번역본을 동시에 게재하였다.

법원리를 무시한 위헌적인 조치임을 논증하였다. 이 논문에서는 당총재의 공천행위가 사법심사의 대상에서 제외되는 통치행위가 될 수 없으며, 당사자적격의 문제에 대하여는 공천신청자는 물론 당원의 자격에서도 당총재의 공천의 효력을 다룰 수 있는 당사자적격을 가지나, 일반 국민의 자격에서는 특별히 법률이 인정하지 않는 이상 당사자적격을 가지지 않는다고 지적하였다. 정당제도에 관한 비교법적 연구에 대하여는 “Political parties, parliamentarism and representation in Britain”(안경환·김종철, 1995)은 영국에서의 정당의 성립과 발전을 소개하고, 대의제도와 의회주의와 관계에서 정당의 역할을 구체적으로 분석하였고, “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식”(송석윤, 2000)은 독일헌법에 정당조항이 도입되는 과정과 이것이 우리나라 헌법에 이식되는 과정을 비교법사회학적 접근을 통하여 분석하고 한국의 현실에 적합한 것인지를 평가하였다. 이 논문에서는 독일과 한국의 정당구조, 정당규정 도입의 필요성, 도입과정, 제3공화국헌법예의 이식과정을 분석하여 독일은 1949년 규제지향적 정당조항이 도입되었으나 이를 순화하여 기본법 제21조의 정당조항이 탄생하였으나, 한국은 선진국의 헌법조항을 도입한다는 명분하에 선거의 정당독점, 의원의 정당기속, 정당활동에 대한 고도의 규제를 포함하는 초입헌주의적 규정으로 도입하였음을 지적하고, 독일과 한국의 정당현상의 사실적 측면과 정당에 대한 법규범적 배경을 분석하였다.

현행헌법에서 대의민주주의가 정착함에 따라서 선거제도에 관한 연구가 활발하게 진행되었는데, “지역구국회의원선거구획정에 있어서 인구편차의 기준”(성낙인, 2002)은 선거구 편차에 관한 외국에서의 논의를 검토하고, 우리나라 헌법재판소의 판결이 1996년 제시한 4:1 기준과 2001년 제시한 3:1 기준을 분석하고 국민의 주권적 의사를 평등하게 반영하기 위한 제도적 장치로 2:1 이내로 개선할 것과 중립성과 공정성이 담보되는 선거구획정위원회를 정립할 것을 제시하였다. “선거법과 언론”(성낙인, 2002)은 공직선거법에 규정된 언론관련 조항의 역할과 기능, 언론에 대한 규제 등을 분석하고, 인터넷매체의 활성화에 대응하여 선거운동의 자유 확대, 선거방송심의위원회와 선거기사심의위원회의 정비, 반론보도청구의 일원화, 후보자 초청 토론·대담의 활성화, 여론조사결과의 공포 확대 등을 제시하였다. 또한, “선거운동 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입”(송석윤, 2005)은 현행 공직선거법이 전면적 규제에서 개별적 규제로 전환하였음에도 불구하고 특별형법의 과잉현상을 드러내고 있는 문제점을 지적하면서 그 역사적인 연원으로서 1925년 일본의 보통선거법에서 선거운동을 포괄적으로 제한하는 다양한 장치가 우리나라에 유입되었음을 분석

하고, 자유롭고 공정한 선거운동을 확대하는 방향을 제시하였다. “선거방송심의 제도의 헌법적 검토”(성낙인·권건보, 2006)는 선거과정에서 드러난 선거방송심의제도의 현황, 선거방송심의위원회의 법적 지위와 운영, 직무범위와 법적 권한의 적정성 등에 있어서의 문제점들을 분석하고, 선거방송심의와 관련된 법제도적 개선방안으로서 선거방송심의의 업무의 독립성과 자율성 확보를 위한 기구의 상설화, 선거방송심의위원회의 구성에 있어서 위원추천제의 개선, 언론중재위원회 등 유관기관의 조직 재정비 등을 제시하였다. 그 외에도 “정치개혁을 위한 몇 가지 생각(1) - 정부형태·정당·정치자금·선거제도 등을 중심으로”(최대권, 1992)와 “정치개혁을 위한 몇 가지 제언(2) - 정부형태·정당·정치자금·선거제도 등을 중심으로”(최대권, 1992)는 우리나라의 정부형태는 특수한 역사성을 반영함과 동시에 정당제도, 선거제도, 정치자금, 정치문화와 관련된다는 것을 전제로 미국과 비교하여 분석하면서 우리나라의 정당제도의 문제점(당내 민주주의 미비, 지구당 요건강화와 당원제한의 위헌성, 중앙집중식 정당구조, 당비충원의 필요성)을 지적하고 이를 제도적으로 개선할 것을 촉구하였다.

입법부에 대한 연구논문으로서 “1948년 국회의 법적 성격에 관한 연구”(정종섭, 2004)는 1948년 헌법을 제정하는 과정을 미국 헌법의 제정과정을 비교하여 분석함으로써 1948년 국회는 1948년 6월 1일부터 7월 17일 헌법을 공포한 시점까지는 헌법제정의회 또는 헌법제정회의의 성격을 지녔고, 그 이후부터는 헌법 제102조에 따라 입법기관으로 전환되었음을 규명하였다. “입법학 연구 - 입법변론을 중심으로”(최대권, 1990)는 국회는 다원주의와 공화주의를 이론적 근거로 하여 국민으로부터 독립되면서도 국민의 의사를 반영하는 기능을 제대로 수행하기 위해서는 입법절차에 있어서 입법변론이 중요하며, 입법전문가의 양성이 시급하다고 강조하였다. 즉, 입법변론은 입법절차에 있어서 다양한 국민적 의사를 반영하기 위한 노력이며, 국민의 참정권의 하나로 인정되고(입법에 대한 찬성은 물론 반대를 위한 활동도 포함), 법률가인 입법전문가가 그 업무를 가장 잘 수행할 수 있으므로 그 역할이 강화되어야 한다고 지적하였다. 또한, “한국의 로비활동 법제화 노력에 대한 입법학적 관점에서의 분석”(이우영, 2005)은 로비스트 등록 및 활동공개에 관한 법률안의 발의에 맞추어 헌법과 입법학의 관점에서 로비활동의 실제적·상징적 역할을 중심으로 법안을 분석하고, 법제화과정에서 고려해야 할 제도화의 방향과 구체적인 내용으로 절차의 합리성과 공정성을 통한 입법과 정책의 정당성 확보를 중심으로 공청회와 청문회의 적극 활용, 윤리적 활동을 담보하기 위한 제도적 장치 마련, 표현의 자유와 관련하여 로비활동의 법적 근거

를 정비할 것 등을 제시하였다. 그 외에도 “1999년 특별검사법의 문제점과 입법적 개선”(정종섭, 2000)은 미합중국의 독립검찰관을 모델로 하여 제도화한 1999년 특별검사법은 이익충돌의 회피와 자연적 정의의 실현, 정치적 사건이나 권력형 비리사건의 처리의 공정성 실현, 법집행기관인 검찰의 정치적 중립성 보장, 효과적인 권력통제의 실현, 탄핵제도의 실효성 보장 등 기능을 고려할 때 그 정당성과 적합성을 가지는 것이지만 한시법으로서 수사대상과 직무범위의 한정, 대통령에 의한 특별검사의 임명, 수사내용·진행상황 등의 공표 금지, 수사인력과 기간의 과도한 제한, 관계기관 비협조에 대한 강제수단 미비, 현직검사의 참여 등 문제점을 지니고 있음을 지적하고, 각 문제점에 대한 개선방안을 구체적으로 제시하였다.

정부형태와 행정부에 관한 논문으로 “현행 대통령제에 관한 몇 가지 생각”(신우철, 2000)은 우리 헌정사에서의 정부형태를 조감하고, 현행 대통령제의 문제점을 지적하고, 바람직한 대통령제의 유형을 제시하였으며, “한국 대통령제의 성공을 실현하기 위한 운영 모델”(정종섭, 2002)은 현재의 헌법을 그대로 유지하면서 헌법의 운용을 통하여 한국 대통령제의 문제들을 해결할 수 있는 모델을 설계하여 제왕적 대통령제의 양상 또는 대통령 1인 독주현상을 불식시키기 위해서 대통령과 국무총리의 역할을 새롭게 설정하고 업무를 분담하게 하는 방식을 구체적으로 제시하였다. “대통령권한의 대행제도에 관한 연구”(정종섭, 2000)는 우리나라 대통령 권한의 대행제도의 변천을 소개하고, 현행 헌법상 대통령 권한의 대행제도에 있어서 대행의 사유, 권한대행자, 권한대행자의 직무범위, 권한대행의 기간, 후임 대통령의 선거에 대하여 분석하였다. 이 논문에서 현행 대통령권한의 대행제도를 미국의 경우와 비교하여 검토하면서 현행 제도의 문제점으로 민주적 정당성의 미확보, 대통령직 승계가 불가능한 구조, 부통령제를 두지 않는 불합리한 조직을 지적하고, 대행자의 잔여 임기의 문제는 민주적 정당성의 정도에 따라서 결정하도록 하는 것이 타당하다고 강조하였다. “한국헌법사에 등장한 국무총리제도의 연원”(정종섭, 2004)은 1948년 건국헌법에서부터 등장한 국무총리제도의 연원을 일본제국헌법과 중국, 대한민국 임시정부, 만주국의 헌법들에서 추론하고 그 본질을 의원내각제의 수상이 아니라 국가원수나 행정부의 수반을 보좌하는 기구이자 행정의 통일을 기하기 위하여 내각을 통할하는 지위를 보유하는 것으로 파악하였다.

사법부에 관한 연구논문으로서 “The Judicial Functions and Independence in Korea”(최대권, 1999)는 한국의 사법부의 기능과 사법권의 독립에 대하여 현행



법제도의 문제점을 지적하고 제도의 개선방안과 법학교육의 중요성을 강조하였고, “국민의 사법참여(무엇이 문제인가)”(최대권, 2004)는 국민의 사법참여를 사법민주주의와 정당성·합리성의 관점에서 평가하여 외국의 배심제와 참심제의 운영현실을 비판적으로 검토하여 우리나라에 도입할 경우의 장단점을 공정성, 전문성, 비용성 측면에서 면밀히 분석하고, 일정한 부류의 형사사건에서의 배심제도나 전문적 지식이 요구되는 분야에서 부분적·한정적 참심제도를 도입할 것을 제시하였다. 또한, “근대 사법제도 성립사 비교연구 - 한국에 있어서 사법독립 원리의 태동·수용과 전개 -”(신우철, 2008)는 사법권의 독립의 문제에 대하여 조선의 전통적인 사법제도를 서구가 아닌 동아시아와 비교하여 검토하고, 사법권의 독립 사상이 태동하여 우리 헌정체제에 수용되는 과정과 그로 인한 현실적 한계를 분석하였다.

### (3) 기본권

기본권에 관한 일반이론으로 “기본권의 개념에 관한 연구”(정중섭, 2003)는 기본권 이론과 해석에 있어서 전제가 되는 기본권의 개념본질적 요소를 분석하여 인권이나 자연권과 구별되는 실정헌법상의 권리로서의 기본권의 개념을 명확하게 설정하였으며, “법인의 기본권 주체성에 관한 한 시론”(권영성, 1994)은 현대사회는 국가와 개인의 2분구도에서 국가, 개인, 단체의 3분구도로 바뀌고 있는 상황에서 기본권의 제3자적 효력이 쟁점이 되고 있다는 것을 전제로 법인의 기본권주체성에 대한 학설과 판례를 분석한 다음, 시론으로서 사법의 법인과 구별되는 공법상의 기본권주체로서의 법인의 개념(조직적 통일체, 상대적 법적 독립성, 사적 자치에 의한 조직)을 도출하고 그 근거로는 헌법 제10조의 개인의 존엄과 가치를 제시하였다. 또한, 법인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에 그 구체적 내용에 대해서는 일반적·추상적 기본권주체성을 기본권의 성질에 따라서 인정한 다음, 개별적·구체적 기본권주체성을 법인의 목적, 기능, 활동의 유형에 따라서 결정하여야 한다고 주장하였다. “기본권의 갈등”(권영성, 1995)은 기본권 경합과 기본권 충돌에 관한 헌법이론을 소개하면서 기본권 경합에 대하여는 유사경합을 배제하고, 해결이론으로서 직접관련기본권적용의 원칙, 최강력기본권적용의 원칙, 관련기본권전부적용의 원칙을 제시하고, 기본권 충돌에 대하여는 그 해결이론으로 독일의 학설(입법자유영역이론, 기본권의 서열이론, 실제적 조화이론, 규범영역의 분석이론)과 우리나라의 학설을 소개한 다음, 제1차적 준거로 유사충돌을 배제하고, 제2차적 준거로서 법익형량의 원칙, 형평성 원칙을 제시하고, 제3

차적 준거로서 최종적 입법해결을 제시하였다.

개별적 기본권으로서 평등권에 대하여 “대의제민주주의에서 소수자 보호의 헌법적 의의와 구조”(이우영, 2007)는 헌법적 개념으로서 소수자의 인권의 범주를 규정하고, 대의민주주의에서의 위헌법률심판제도의 민주적 정당성의 관점에서 소수자 보호의 문제를 분석하고, 소수자의 정치과정에서의 대표성 확보를 위한 제도적이고 구조적인 개선방안을 제시하였다. 양심의 자유에 대하여 “양심의 자유와 사죄광고”(최대권, 1998)는 헌법재판소가 법원의 사죄광고의 명령에 대해 양심의 자유를 위반한 것을 이유로 위헌으로 결정한 것을 비판적으로 분석하면서 이는 양심의 자유가 아니라 개인의 선택의 자유 또는 자기결정권의 문제로 파악하여야 한다는 것을 논증하였다. 이 논문에서는 양심이란 자기 생각이나 행동의 옳고 그름에 관한 도덕적 인식이며 단순히 자기가 하고 싶은 것 또는 하고 싶지 않은 것을 하는 것과는 아무런 관계가 없다고 지적하고, 법인이 양심을 가질 수 있다는 주장도 비판하고, 나아가 침묵의 자유와 준법서약도 그 자체로서 양심의 자유에 반하는 것은 아니라고 지적하였다. “Gewissensspruch als Störung”(Heinrich Scholler 독일 뮌헨대 교수, 1991)에서 성가신 양심에 대한 보호와 제한을 독일 헌법이론에 바탕을 두고 소개하였으며, “헌법제정과 구법령의 효력, 변호권과 법정모욕”(김철수, 1988)은 14년 만에 무죄 선고된 세칭 ‘강신옥 변호사 사건’에 대한 대법원 판결을 평석하면서 그 사건에서 적용되었던 대통령 긴급조치는 구헌법에 근거한 법령이므로 신헌법인 제5공화국 헌법이 제정됨에 따라서 그 효력을 상실한다는 결정이 타당하다고 분석하였다. 이 논문은 아울러 형사변호인의 변호권에 있어서 저항권을 주장한 것이 법정모욕이 아니라는 대법원의 판시도 타당하다고 하였다.

이 시기에도 표현의 자유에 관한 연구가 활발하게 진행되었는데, “정보공개법의 시행과 문제점에 관한 고찰”(성낙인, 2001)은 국민의 알권리와 국정의 투명성 확보를 위하여 도입된 정보공개법의 일반원칙과 주요 내용을 분석하고, 법제도적인 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하였다. 이 논문에서는 정보공개의 대상기관을 공공대상으로 확대하고, 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 정보의 열람이나 그 사본 또는 복제물의 교부를 그 내용으로 하고 있는 점을 긍정적으로 평가하였으나, 인터넷 시대에서의 적극적인 전자적 정보공개, 외국인에 대한 정보공개의 범위, 청구목적의 엄격한 해석, 그리고 비공개정보의 범위에 대하여 법령, 국익, 국민의 기본권, 형사사법적 정의, 공정한 행정, 개인정보, 영업비밀의 보호, 특정 이익 관련 등 구체적인 부분에서 엄격한 적용을 통해 공개원칙이 손

상되지 않도록 할 것을 주장하였다. “정보보호와 인권”(성낙인, 2004)은 정보사회와 인터넷의 보편화에 따라 정보의 개념과 유통체계가 근본적으로 변화하고 있는 상황에서 비약적으로 발전하는 정보과학에 비하여 법제도의 정비가 뒤늦게 진행되는 문제점을 제기하고, 정보보호와 인권이 사회적 안정성을 갖고 발전하기 위해서는 공법적 규제와 함께 사적인 자율규제가 조화를 이룰 필요가 있음을 지적하였다. 또한, “자금세탁방지법에 대한 헌법적 검토”(성낙인·권건보, 2005)는 금융정보보호와 자금세탁방지의 조화적 관계를 모색하기 위한 헌법적 쟁점으로서 혐의거래보고제도, 금융정보분석원의 정보요구권, 고객주의의무 등을 외국의 입법례와 함께 비판적으로 검토하고, 그와 관련된 법제도의 개선방안을 제시하였다. 한편, “공무원에 대한 명예훼손의 법리”(박선영, 2001)는 최근 검사들의 집단명예훼손 사건에 관한 판결을 비판적 입장에서 평석하면서 언론의 자유와 명예보호라는 인격권의 갈등에 있어서는 그 대상이 공적 인물인지, 그 표현이 공적인 관심사로서 국민의 알권리에 해당하는지 등 공공성, 진실성, 진실이라고 믿을만한 상당성을 고려하여 일반인과 다른 기준을 적용하여 비교형량할 것을 주장하였다. “TV 수신료의 법적 성격과 공영방송재원조달에 관한 연구”(박선영, 2002)는 TV 수신료의 법적 성격에 대하여 1999년 헌법재판소가 특별부담금으로 파악한 것을 비판하면서 준조세의 성격을 갖는다고 전제하고, 공법상의 영조물법인이자 공영방송인 KBS의 재원조달방식의 문제점을 지적하고, 그 수신료제도의 개선방안으로서 국회의 수신료 결정, 수신료면제범위의 확대, 수신료제납 시의 간접장세의 개선, 수신료 사용에 대한 감독을 제시하고, 재원구조의 개선방안으로서 광고비용의 축소, 수신료의 현실화, 난시청지역의 조정 등을 제시하였다.

대학의 자치와 학문의 자유에 대하여 “헌정 50년과 대학의 역할”(김철수, 1999)은 헌정 50년의 과정에서 공화국별로 한국의 대학교육에 관한 법제도와 현실을 비판적으로 분석하고, 헌정의 발전방향으로 입헌주의의 정착을 달성하기 위해서는 대학의 역할이 중요하다는 점을 강조하였으며, “대학의 자치(자율)와 국립대학 총장선거”(성낙인, 2007)는 대학의 자치의 본질로부터 총장선거와 관련된 헌법적 쟁점을 헌법재판소(국립대학 총장선거와 관련된 교수들의 헌법상 기본권 주체성을 인정)와 대법원(사립대학 총장선거와 관련된 교수들의 헌법상 기본권 주체성을 부인)의 판례를 비교하여 분석하였다.

#### (4) 헌법재판

현행헌법에서 헌법재판소를 설립하여 운영한 이후 헌법판례에 대한 평석 등

연구를 통하여 헌법이론을 발전시키고, 헌법재판제도에 대한 발전적 의견이 다양하게 제시되었다. 헌법재판에 대한 평식으로 “80년대의 헌법판례”(김철수, 1989)는 1980년대 제5공화국 시절 대법원의 사법심사와 1988년 이후 헌법재판소 결정을 분석하여 헌법제정, 기본질서, 기본권, 통치구조 등 분야별로 구분하여 그 주요 판례를 평석하고 그 동향을 소개하였다. “형법의 해석과 헌법의 효력”(최대권, 1990)은 국가보안법 제7조에 대한 한정합헌 결정을 중심으로 헌법심사의 기준을 소개하고, 형법의 해석에 있어서는 헌법 제37조 제2항을 엄격하게 적용하는 것이 죄형법정주의와 입헌주의에 부합하는 것임을 강조하였다. “지방의회의원 겸직금지조항의 위헌여부 - 농협 등의 임원의 경우를 중심으로 -”(최대권, 1990)는 명예직인 농협 등 임직원에 대하여 지방의회의원의 겸직금지를 규정한 지방자치법은 국민의 참정권과 평등권을 부당하게 침해한 것으로서 위헌이라는 것을 이론적으로 논증하였고, “국유재산법 제5조 제2항의 위헌여부”(최대권, 1991)는 헌법재판소의 위헌결정에 대하여 이는 국가와 사인의 문제를 평등권으로 잘못 파악하여 사법적 판단을 헌법적 판단과 동일시함으로써 헌법재판소가 입법권한을 행사한 결과를 초래했음을 논증하였다. 이 논문은 시효취득에 대하여도 이는 법적 안정성을 위해 사유재산권을 제한하는 제도로써 점유자의 시효취득 기대이익은 헌법적으로 보호받을 사유재산이라고 할 수 없다고 주장하였다(설사 기본권으로 인정된다고 하더라도 그 이익을 박탈한 국유재산법 제5조 제2항은 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화되는 합헌적 입법조치라고 지적하였다.).

“탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권”(정종섭, 2005)은 헌정사상 최초의 대통령 탄핵심판사건에 대하여 평석하고, 헌법정책적 측면에서 민주주의와 법치주의의 배합과 조화를 기준으로 우리나라 헌법상의 탄핵심판제도를 재검토하였으며, “신행정수도후속대책특별법의 위헌성 여부에 관한 연구”(최대권, 2005)는 헌법재판소에 의하여 위헌결정이 선고된 신행정수도의건설을위한특별조치법을 대체하는 내용의 신행정수도후속대책특별법의 제정에 대하여 사회학적 법학의 관점에서 국회가 헌법재판소의 결정에 위반되는 내용과 실질적으로 동일한 입법으로 파악하고, 이는 탈법행위의 법리, 헌법재판소의 기속력의 법리, 합리성의 법리, 그리고 입법상의 적법절차의 원리에 위반하여 헌법적 정당성을 가질 수 없음을 논증하였다. “국민주권에 대한 오해 - 신행정수도건설법 위헌결정과 관련하여 -”(김경제, 2005)도 헌법재판소의 위헌결정에 대하여 국민주권주의와 성문헌법에 대한 헌법제정권력의 측면에서 헌법적 원리에 위반된다고 비판하였다.

한편, 미국의 헌법판례에 대한 연구논문으로 “미국 연방헌법 수정 제9조의 의

미”(안경환, 1997)는 “헌법에 특정한 권리가 열거되었다고 하여 이를 국민에게 귀속된 여타의 권리를 부인하거나 제한하는 의미로 해석해서는 아니 된다.”는 수정 제9조의 역사, 그 적용판결(Griswold) 이전과 이후의 판례경향을 소개하였다. 이 논문에서는 수정 제9조의 성격에 대해 연방권력제한설, 권리창조기능설, 정치적원리선언설을 소개하고, 수정 제2조, 제10조, 제14조와의 관계를 설명하면서 미국 연방대법원은 아직까지 수정 제9조를 독립적인 근거로 삼아 새로운 권리를 창출한 사례는 없다고 결론지었다. “미국 연방헌법 수정 제2조의 의미”(안경환, 1997)는 무기소장권을 규정하고 있는 수정 제2조의 내용과 미국사회에서의 의미를 규명하고, 연방의 총기규제법의 제정과정과 법원의 판결을 개인의 권리와 주의 집단적 권리의 논쟁을 중심으로 설명하였다. 이 논문에서 연방대법원은 기본적으로 주정부에 대해 자주의 민병대를 무장할 권리만을 부여한다는 입장을 취하고 있으나, 역사적으로 국민 스스로의 무장을 통해 국가를 방위함으로써 상비군의 위협과 해악에 대비하고, 무기를 소장한 국민은 조직된 군대의 압제에 대해 대항할 수 있도록 한다는 것을 유의하여 개인의 권리성도 경청하여야 할 것임을 주장하였다. 또한, “미국의 위헌심사기준으로서의 이중기준”(이우영, 2009)은 미국의 위헌법률심판의 심사기준인 이중기준의 개념과 다층적 심사기준의 체계의 정립과정과 특징을 분석하고 위헌심사 과정에서 발행하는 문제점, 그리고 그에 대한 미국 대법원의 개선노력을 소개하였고, “미국 헌법상 명확성 원칙 심사 - 미국연방최고법원 판례를 중심으로 -”(전종익, 2009)는 최근 30년간 미국연방최고법원의 명확성원칙의 심사기준이 표현의 자유와 형벌규정에 대한 심사에 있어서 일반인 심사기준에서 법전문가 심사기준으로 변화하여 그에 대하여 합헌결정을 하고 있음을 분석하고, 우리나라의 경우에도 자의적이고 차별적인 법집행의 방지를 위해서 심사기준을 보다 강화할 것을 주장하였다.

헌법재판제도에 대하여도 헌법이론과 실증적인 측면에서 연구가 심화되었고, 이를 통해 헌법재판제도를 활성화하기 위한 노력이 경주되었다. “한국의 헌법재판제도”(권영성, 1988)는 한국의 헌법재판제도의 활성화방안을 헌법환경론의 입장에서 검토하여 권한행사에 있어서 제도적인 장애사유와 현실적인 문제점을 제기하고, 이로 인하여 현재로서는 헌법재판제도를 활성화할 별다른 묘책이 없다는 것을 비판적인 입장을 설명하였고, “헌법재판제도의 활성화 방안에 관한 연구 - 우리나라의 경우를 중심으로 -”(권영성, 1992)는 헌법재판소의 사건처리 현황을 분석하고 이를 바탕으로 문제점을 제도적 측면(헌법제도로써 규범통제의 이원화, 헌법재판소의 구성과 임기와 정원, 재판형식을 결정으로 단일화, 헌법재판소법상

법률안과 예산제출권 불인정으로 독립성의 부족, 재판의 헌법소원 제외, 법률에 대한 헌법소원 규정, 명령과 규칙에 대한 심사권, 보충성의 예외 규정 미비, 가처분 미비, 헌법소원 청구기간 단기, 행정처분에 대한 심사절차, 운영적 측면(정치적 성격을 띤 법률에 대한 소극적 통제, 결정의 집행력 미비)으로 구분하여 제기하고, 활성화방안으로서 입법론(규범통제 일원화, 추상적 규범통제 도입, 재판관 구성을 9년 내지 12년 임기에 3분의 1씩 교체, 헌법재판소에 법률안제안권과 예산안제출권 인정, 재판관 자격의 다양화, 대리인자격의 다양화, 부수적 위헌법률심사제 채택, 직권에 의한 위헌법률심판 채택, 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 인정, 가처분제도 완비, 청구기간의 연장, 지정재판부 확대, 결정의 집행력 확보방안 마련, 헌법재판소구성법과 헌법소송법의 제정)과 정책론(사법적극주의의 지향, 평등권조항의 원용을 자제, 결정의 집행력 확보)을 제시하였다. 또한, “헌법재판소의 각하결정에 대한 통계적 분석과 각하사유에 대한 평가”(권영성, 1990)는 헌법재판소 설립 이후부터 1990년 10월까지의 헌법재판소 각하결정을 분석하고 각하사유의 타당성 여부를 검토하여 헌법재판소의 각하결정에 대하여 그 사유를 통계적으로 분석하였다.

헌법재판제도에 대한 규범적 의미에 대하여 “헌법재판소의 정치학 - 그 구조와 기능을 중심으로 -”(최대권, 1993)는 헌법재판소의 구조와 기능을 정치적 의미와 관련하여 헌법수호의 기능으로서의 입헌주의가 민주주의의 기초임을 전제로 사회의 갈등을 해결하는 제도적 장치로서 헌법재판소의 기능과 역할의 한계를 분석하고, 감사의 불기소처분에 대한 헌법소원과 지방자치단체장 선거연기에 대한 헌법소원은 헌법재판에 의하여 해결하는 것이 부적절하다고 비판하였다. “지방자치단체장선거 불공지에 관한 헌법소원사건의 연구”(최대권, 1993)는 지방자치단체장선거에 대한 지방자치법 부칙 제2조 제2항 규정(1992년 6월 30일까지 선거실시를 규정)에도 불구하고 국회가 그 기간을 도과함으로써 미실시한 것에 대한 헌법소원 사건에 대하여 헌법재판에 의하여 해결한 사안이 아니라 국회에서 민주주의 원리와 정치문제의 법리에 의하여 해결할 사안임을 논증하고, 법률위반이 곧 기본권의 침해를 의미하는 것은 아니며, 헌법소원에 있어서 당사자적격, 소의 이익과 집행력의 문제를 사회학적 헌법학의 입장에서 해결할 것을 제시하였다. “헌법재판소 결정의 정치적 의미”(최대권, 2001)는 헌법재판소의 역할 내지 기능을 헌법의 수호에 있으며, 위헌법률심사제도는 민주주의의 중요한 내용이 될 수 있고, 권력분립과 기본권 보장의 원리를 포섭하는 상위의 개념인 권력통제를 실현함으로써 법규창조적 효력을 갖는 것으로 파악하였다. 이 논문에서는 사

법소극주의와 사법적극주의의 기준 내지 용법을 위헌과 합헌의 기준과 진보와 보수의 기준으로 구분하여 우리나라 헌법재판소의 공과를 평가하고, 입헌주의적 관점에서 그 문제점으로 헌법소원의 대상에서 재판을 제외하고 있는 점, 헌법재판관 임명이 전문성을 도외시킨 채 정치 및 사법적 관행으로 이루어지고 있는 점, 헌법소송에서 변호사강제주의를 채택하고 있는 점을 제기하였다. 또한, “한국의 민주화에 있어서 헌법재판소와 기본권의 실현”(정종섭, 1999)은 한국에서의 헌법재판제도의 역사적 발전을 소개하고, 기본권 분야에서의 주요 결정을 신체의 자유, 형사절차상의 기본권, 표현의 자유, 노동기본권, 알권리 등에 대한 헌법재판소 결정을 사례별로 분석하였다. 이 논문에서 우리나라 헌법재판소에 대하여 정치적으로 부담이 적은 사건에서는 적극적인 태도를 보였으나, 정치적으로 부담이 큰 사건에서는 대부분 소극적이거나 문제를 회피하려는 태도를 보였는데, 이는 시민의 생활규범으로 작동하는 면에서는 일정한 성과를 거두었으나, 권력통제 규범으로 작동하는 면에서는 제한적이고 한계적인 기능만 수행한 것으로 평가하였다. “한국의 민주화에 있어서 헌법재판소와 권력통제”(정종섭, 2001)는 지난 10년간 헌법재판소는 국회, 군과 국가안전기획부, 검찰, 대통령, 행정부, 법원, 그리고 과거청산에 대한 민주화와 권력통제에 있어서 과거와 비교하여 괄목할 성과를 거둔 것으로 평가하고, 아직도 권위주의통치와 국가권력의 남용을 통제해야 하는 과제가 남아 있음을 지적하였다. 이 논문에서 헌법재판소는 법률의 위헌성 통제, 법률안의 변칙적 처리, 입법부작위에 대하여 적극적으로 심판함으로써 국회에 대한 통제를 강화하고, 병영 내 기합행위, 변호인 접견권의 보장 등을 통하여 군대와 국가안전기획부에 대하여 통제하고, 검사의 불기소처분, 수사기록의 열람, 긴급조치권, 위임입법의 한계설정과 행정입법의 위헌성 심판 등을 통해 행정부를 통제하였으며, 특히 법원에 대하여는 대법원규칙, 사죄광고명령, 일정한 재판에 대한 헌법소원심판, 변형결정에 대한 기속력 등을 통해 통제장치를 강화하였고, 특히 과거청산에 있어서도 12.12 사건과 5.18 사건에서도 일정한 역할을 수행했다고 평가하였다. 그 외에도 “헌법재판에서의 사회과학적 변론”(한상희, 2000)은 법사회학적 입장에서 헌법판단에 있어서는 경험적이고 과학적인 분석과 증명을 통한 사실의 인식과 정책판단의 문제가 반드시 필요하다는 법학방법론을 제시하였다. 이 논문에서는 미국의 Brown 사건의 판결과 우리나라의 생계보호기준 사건의 판결을 비교하면서 우리나라의 헌법학에 있어서 사실의 분석과 평가의 문제를 극복하지 못한 현실과 한계를 지적하였다.

헌법재판제도에 대한 헌법이론으로서 “헌법재판소의 위헌결정과 그 근거의 제

시”(최대권, 1989)는 소송촉진에관한특례법 위헌결정을 평석하면서 헌법재판의 본질에 비추어 위헌법률심판은 해당 법률에 대해 입법정책의 문제에 해당하는 법률개정의 이유만으로는 부족하고 입법권의 범위를 일탈한 것인지, 기본권을 침해한 것인지를 판단하여야 할 것이라고 지적하였다. 이 논문은 헌법상 평등권은 국가와 개인 사이에는 원칙적으로 적용되지 않으며, 민사소송에 있어서 국가에 대한 차별적 취급은 헌법 제11조의 평등의 문제가 아니라고 지적하면서 위헌법률심판은 구체적인 사건에 대한 법의 적용이 아니라 입법부가 행한 입법이 상위법인 헌법에 위반하였는지 여부를 판단하는 것임을 강조하였다. 특히, “헌법재판의 소송물과 결정의 효력”(최대권, 1997)은 헌법재판의 소송물과 당사자적격은 권력분립의 원칙과 사법권의 본질에 기속된다는 것을 전제로 구체적 규범통제에서는 불고불리의 원칙의 지배를 받아야 한다는 것을 논증하였다. 즉, 헌법재판에 있어서 소송물과 당사자적격은 제소한 당사자에 한하여, 그 당사자에 의하여 특정지워진 법률 내지 법률조항의 위헌여부를 심판하여야 하며, 그 효력도 그에 국한되어야 한다고 지적하였다.<sup>15)</sup>

외국의 헌법재판제도에 대해서도 비교법적 연구가 행해졌는데, “The Austria Constitutional Court”(Peter Moser 오스트리아 대사, 1988)는 오스트리아 헌법의 역사, 헌법재판소와 행정재판, 헌법재판소의 구성, 헌법재판소의 권한과 관할, 헌법재판의 중요성 등 헌법재판의 개요를 소개하였고, “서독의 헌법재판제도”(허영, 1988)는 서독의 연방헌법재판소의 연혁, 지위(제4의 국가기관), 기능(헌법보호, 연방하원 3분의 1에게도 규범통제 제소권을 보장함으로써 소수보호), 구성(2개의 원으로 구성, 양원합동재판, 임기 12년의 단임제, 법관의 자격 요구, 8명은 연방참사원 3분의 2 이상으로 직선으로, 8명은 연방하원의 간접선거로 선출) 등을 소개하였다. 이 논문에서는 서독 연방헌법재판소의 관할과 재판에 대하여 소추절차적 사항(대통령과 판사에 대한 탄핵심판, 정당해산, 기본권실효), 규범통제적 사항(추상적 규범통제, 구체적 규범통제), 소원사항(선거심사절차에 대한 소원, 헌법소원), 기관쟁의 사항, 연방국가적 사항을 구분하여 분석하였다. “중국의 최고사법위원회의 조직과 기능”(楊日然 최고사법위원, 1988)은 중국의 헌법해석 시스템, 최고사법위원회에 관한 법률과 조직, 법률과 명령의 통일적 해석, 최고사법위원회의 헌법해석의 절차, 최고사법위원회의 헌법해석 시스템에 있어서 헌법적 발전

15) 이 논문은 헌법재판소의 변형결정 사례를 비판적으로 분석하여 그 문제점을 지적하였으며, 이는 민주적 정당성이 없는 헌법재판소의 사법기능과 당사자가 아닌 다른 국민의 재판청구권과 적법절차원리를 함께 고려한 것으로 평가된다.



을 체계적으로 소개하였고, “일본에 있어서의 헌법재판”(일본의 長尾龍一 동경대 교수, 1988)은 일본헌법 제9조의 전쟁포기 조항의 입법경위와 그에 대한 헌법소송을 설명하고 일본의 사법심사에 대하여 그 동안 최고재판소는 사법소극주의의 입장에서 정치문제에 대해서는 개입을 피하려고 했으며, 이는 자유주의와 민주주의의 대립과 조화에 관한 문제임을 강조하였다. 그 밖에도 “미국의 사법심사제와 80년대 한국의 헌법재판”(양건, 1988)은 미국의 사법심사에 있어서 사법적극주의와 사법소극주의의 경향이 해석주의와 비해석주의의 대립으로 변화하는 경향을 소개하고(‘본래의 의도’의 해석이 민주주의로부터 소수자의 권리를 보호하는 사법심사의 충돌을 해결하는 방법이라는 견해와 그 반대론을 소개), 1980년대 이후 미국에서는 민주주의와 사법심사의 조화를 강조하는 J. Ely 교수의 “절차지향적 헌법재판이론”(가치의 선택은 민주주의에 따르지만, 대의정부가 기능장애를 일으켜 절차적인 부분에서 다수파가 소수파를 배제할 경우에는 적극적으로 사법심사를 해야 한다는 요지)을 소개하였다. 이 논문은 1980년대 한국의 헌법재판에 대하여는 권위주의 지배와 직접 관련되는 핵심영역과 그렇지 않는 주변영역을 구분하여, 전자는 사법적극주의와 사법소극주의의 대립이 나타나지만, 후자는 사법소극주의에도 미치지 못하는 상황이라고 평가하였다. 또한, “서독의 헌법재판과 한국의 헌법재판의 비교”(김효전, 1988)는 서독과 한국의 헌법재판제도를 비교법적으로 분석하면서 양자는 제도, 조직 구성, 운영상의 차이점이 있음을 소개하고, 기본권에 관한 판례(생명권, 양심적 병역거부 등), 통치구조에 관한 판례(정당제도, 선거제도 등)를 검토할 때 서독에 비하여 과거 한국의 대법원은 형식논리주의, 사법소극주의, 기본권경시의 경향이 있었다고 평가하였다.

## 다. 통일법

### (1) 분단국가의 통일관련 법제

통일법 분야에서는 6.25전쟁 이후 냉전시대를 지나면서 남북한의 법체제 또는 교류협력에 관한 연구보다 분단국가의 법이론과 통일을 중심으로 연구성과가 발표되었다. 통일법 분야에서 처음 발표된 “헌법과 국가통일 문제”(김도창, 1966)는 건국헌법부터 완성헌법임을 규정한 우리나라의 헌법상 통일조항의 내용과 효력을 설명하고, 임시헌법적 성격을 지닌 서독의 헌법과 비교하여 자유민주주의적 통일이라는 헌법적 한계를 강조하고, 통일에 관한 모든 논의는 대한민국 헌법의 절차에 따라 진행되어야 한다고 주장하였다. 또한, 동서독의 사례는 우리에게 많

은 시사점을 제공할 것이라는 측면에서 “동서독기본조약과 동서독의 법적 지위”(김철수, 1975)는 분단국가인 독일의 법적 지위와 관련하여 헌법이론과 동서독 정부의 공식적 입장의 변화를 소개하고, 동서독기본조약에 관한 서독 연방의회와 연방헌법재판소의 입장을 분석하였고, “분단국헌법과 통일문제”(김철수, 1977)는 동서독의 헌법상 통일에 관한 규정과 남북한의 헌법상 통일에 관한 규정을 역사적인 변천과정에 따라서 비교법적으로 분석하였다.

1980년대에 발표된 “국가의 유형에 관한 연구”(배재식, 1985)는 통일국가의 일반적 국가형태로서 연방국가와 국가연합을 검토하고, 남북한 분단국의 국가형태를 동서독의 경우와 비교하여 그 법적 지위를 분석하여 이를 바탕으로 남북한의 통일방안의 타당성과 적실성을 분석하였으며, 남북한의 통일방안을 비교하면서 남한의 통일방안의 타당성과 북한의 통일방안의 모순성을 강조하였다. “남북한통합과 국가형태, 국가체제문제”(권영성·신우철, 1993)는 국가와 헌법, 국제법과 국가, 국가형태의 개념을 헌법학적 입장에서 정립하고, 통합의 유형과 국가형태에 대하여 독일, 예멘, 중국의 사례를 비교법적으로 분석하였다. 이 논문에서는 남북한 통일을 교류협력단계, 체제통합단계, 연방국가단계로 구분하여 분석함으로써 과도기적 국가형태의 문제점을 제기하고, 최종적인 통일방안으로서 단일국가의 형태를 제시하였다.

1974년 7.4공동선언이 발표된 이후, 동서독이 통일되고 사회주의가 붕괴한 이후 남북한의 통일에 관한 논의가 구체화되었고, 남북한의 헌법을 중심으로 비교법적 연구가 진행되었다. “Legal Basis and General Consequences of the Division of Korea - From Constitutional and International Law Perspectives”(최대권, 1987)과 “Legal Problems in the Thinking of National Unification : the Korean Case”(최대권, 1988)는 남북한 분단의 원인, 남북한의 통일에 관한 헌법규정, 한국전쟁과 통일노력을 법학적 관점에서 분석하고, 분단국가로서 두 개의 한국의 법적 지위, 평화통일을 달성하기 위한 통일방안 등을 헌법규범적 측면에서 비교하였다. “Constitution and Democracy in Korea”(최종고, 1993)는 남북한의 헌법과 민주주의에 대하여 그 역사적 발전과정을 소개하고, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일의 헌법적 과제를 제시하였으며, “남북한의 국가상징과 법”(최종고, 1999)은 대한민국의 국기와 문장의 성립과정과 그 의미내용을 북한의 국기와 국장의 제정과정과 비교하여 관련법령 등을 분석하고 통일국가를 대비할 것을 제시하였다.

## (2) 북한법

북한법률에 대하여는 북한사회의 통제로 인하여 법률과 법현실에 대한 자료를 입수하기 어려운 여건에서 연구가 진행되었다. 1970년대에는 “Comparision of the Legal System between North and South Korea(1)”(강구진, 1971)과 “Comparision of the Legal System between North and South Korea(2)”(강구진, 1972)는 북한헌법의 특징, 사법부의 조직원리, 형사법이론, 형사소송절차의 주요 내용을 소개하고 중국과 소련의 공산주의 법체계의 유입에 있어서의 문제점을 제시하였다. 또한, 북한의 법체계에 관한 역사적·실증적 연구도 진행되었는데, “북한의 한국전통법사관”(최종고, 1990)은 분단이후 북한이 고대법, 고려법, 이조법 등 전통법사에 대하여 봉건제도에 입각한 도식적인 입장에서 비판적이고 부정적으로 이해하고 있다는 것을 북한의 법학사전 등 법률서적으로부터 분석하였고, “북한의 법규범과 법현실”(최종고, 1992)은 남북기본합의서의 체결에 따라 북한의 법체계에 대하여 사회주의헌법, 형사법제, 민사법제, 재판소구성법, 토지법, 어린이보양교육법, 사회주의노동법, 환경보호법을 중심으로 그 주요내용을 소개하고, 북한의 법현실·법생활에 대하여 주체법사상, 사회주의 법무생활, 혁명적 준법기풍을 분석함으로써 남한의 법체계와 법현실과의 차이점을 제시하였다. 또한, “북한법제사 소고”(최종고, 1993)는 북한의 법이 형성된 과정을 법사관과 시대구분에 따라서 8단계로 나누어 주요 법률의 입법동향을 소개하고, “북한법의 역사적 형성과 변화”(최종고, 2005)는 한국법의 일부이자 사회주의법으로서의 북한법의 개념을 설정하고, 역사적 발전단계에 따라서 북한법의 형성과정을 분석하고, 1980년대 이후 북한법의 변화를 분야별로 소개하였다. “북한 법체계에서의 법개념론과 법치론에 관한 고찰”(김도균, 2005)은 북한법 연구의 기본원칙으로 비교법연구의 지침인 맥락고려의 원칙과 내재적 접근의 원칙을 활용하여 북한법의 법개념론을 포용적 실증주의의 틀로 설명함으로써 북한의 법원(法源), 법과 도덕의 다층적 관계, 주체철학과의 일치가 가미된 승인율 등을 분석하고, 북한 법체계에서의 법치주의를 사회주의적 합법성의 기준에 따라서 사회주의 법무생활론, 법후견주의와 법완전주의, 법치주의의 현실을 설명하였다.

북한법률은 1990년 이후 변화된 양상을 보이고 있는데, “북한의 외국인투자관련 법규”(김진, 1990)는 북한이 1984년 이후 채택한 합영법, 합영회사소득세법과 세칙, 외국인소득세법과 세칙의 내용을 소개하고, 그 특징과 단점을 분석하고 남북한교류협력을 위한 법제도로 발전하기 위하여 필요한 개선방안을 제시하였다. “2004년 북한형법 개정, 그 내용과 의미 - 죄형법정주의를 향한 일대 전진인가 -”(한인섭,

2005)는 2004년 개정된 북한형법의 주요 내용과 특징을 체계적으로 분석하여 유추 조항의 삭제, 특별구성요건의 명확화를 기본으로 자유형의 완화, 사형의 제한 등에 관한 총칙규정과 형법각칙의 변화를 구체적으로 긍정적인 입장에서 소개하였다. 특히, 북한의 인권문제에 대하여 “Human Rights in the Republic of Korea and the North Korea : A Critical view of Human Rights Policy”(최대권, 1980)는 북한헌법에 규정된 인권관련 조항을 법학과 정치적 관점에서 분석하였고, “북한인권의 논의 동향과 전망”(최종고, 2005)은 북한인권의 문제상황과 미국의 북한인권법의 내용, 유엔과 남한의 탈북자 및 난민을 포함한 북한인권에 대한 논의, 그에 대한 북한의 반응과 인권정책, 유엔총회의 대북인권결의안 등을 소개하고 북한인권을 개선하기 위한 노력을 강조하였다.

### (3) 남북교류협력법제

1992년 남북기본합의서가 체결된 이후에는 남북한 교류협력에 관한 법제도적 정비에 관한 구체적인 연구가 시작되었다. “남북한 통신교류의 촉진을 위한 법제의 정비”(권오승, 1992)는 남북기본합의서의 기본정신을 바탕으로 남북한의 통신교류에 대한 법적 규제의 현황과 문제점을 독일의 사례와 비교하여 검토하고, 통신교류의 촉진, 상호협력, 통신통합의 단계적 발전을 위한 법제도의 정비방안으로 현행법령의 정비, 남북통신협정의 체결, 남북통신위원회의 설립 등을 제시하였다. 또한, “남북기본합의서 이행에 따른 남북교류협력법령의 보완·발전방향”(박윤훈, 1993)은 남북기본합의서와 교류협력분야의 부속합의서의 법적 성격과 효력을 검토하고, 그 문제점으로 관련 법령과의 부정합, 준용과 위임규정의 과다, 교류협력의 관할 등을 제기하고, 교류협력법령의 개선방안으로 남북합의서 체결과 관련법령의 정비기준에 따른 입법체계의 정비, 업무관할의 조정, 규제의 완화와 절차의 간소화 등을 제시하였다.

“남북교류협력 본격화시 예상되는 국내법 체계상의 문제점과 그 대책”(최대권, 1993)은 남북교류협력은 그 자체가 목적이 아니라 통일과정의 한 단계라는 것을 전제로 헌법 제3조와 제4조의 조화적·보완적 해석을 통해 평화통일원리를 도출하고, 국가보안법의 법적 근거는 제37조 제2항임을 지적하였다. 이 논문은 통일의 헌법적 원리에 대하여 제3조의 영토조항은 대한민국의 정통성을 부여, 영토와 국민의 귀속, 한반도에 다른 국가의 승인을 거부를 의미하며, 이는 남북한 유엔가입과 남북기본합의서 체결로 달라지는 것이 아니며, 제4조의 평화통일조항은 한민족의 헌법제정권력 행사(통일헌법의 제정)를 통한 통일을 의미하는 것으로

민주적 기본질서에 바탕을 둔 평화통일을 달성하기 위해서는 남북한 주민의 참여기회의 보장과 표현의 자유, 정치적 자유, 정당설립의 자유 등이 보장되어야 할 것을 강조하였다.

“남북합의서와 관련된 제반 법문제”(최대권, 1993)는 최근 남북기본합의서를 체결한 것을 계기로 남북한관계의 법적 성격과 북한의 법적 지위의 문제를 헌법 제3조와 제4조의 조화로운 해석을 바탕으로 그 특수관계에 착안하여 설명하고, 이를 바탕으로 국가보안법과 남북교류협력법의 관계, 평화협정체결의 문제, 남북기본합의서를 이행하기 위한 국내법적 문제를 해결할 것을 제시하였다.

### III. 전망과 과제

『서울대학교 법학』이 우리나라 입헌주의의 실천을 학문적으로 선도하고, 평화통일을 위한 법이론적 기초를 다져왔음은 앞에서 개별 논문에 대한 검토를 통하여 확인할 수 있었다. 특히, 헌법 분야에서는 건국 이후 60년이 지나는 동안 권위주의적 지배체제를 극복하고 국가공동체에 민주주의와 법치주의를 조화롭게 정착 시킴으로써 개인의 기본권 보장이라는 헌법적 과제를 구현하는 초석을 다져왔다고 평가할 수 있다. 또한, 통일법 분야에서는 학문적 연구작업이 어려운 상황에서도 북한법과 외국의 사례를 지속적으로 연구하고, 시대사적 상황을 반영하여 1990년 이후에는 남북교류협력에 관한 법제에 대하여도 연구성과를 발표하였다.

현대사회는 전 지구적으로 세계화와 지역화가 동시에 진행되고 있어 국제적 기준에 부합하면서도 우리나라의 특수한 역사적 현실을 반영하는 헌법질서를 가꾸어 가야할 것이 요구되고 있다. 또한, 전자민주주의의 도래와 국민의 직접적인 정치참여의 요구가 증가함에 따라 다원적 민주주의가 더욱 확산되고 있을 뿐만 아니라, 개인·사회·국가공동체의 관계에 있어서도 개인의 자유와 권리를 강조하는 자유주의와 공동체적 이념과 가치를 주장하는 공동체주의의 대립과 갈등 양상이 커지고 있다. 이에 따라 국가작용에 있어서 정치권력의 기능과 역할이 증대하고 있으며, 이와 동시에 이를 정당화하는 요소로서 민주주의 원리와 이를 헌법규범에 의하여 규율하는 입헌주의 원리도 더욱 강조되고 있다. 특히, 분단국가를 극복하고 평화통일을 달성하는 것은 헌법적 의무로서 남북관계를 적실성 있게 반영하면서도 법치주의와 자유민주주의를 바탕으로 통일을 견인할 수 있도록 법제도적 장치를 마련할 것이 요청되고 있다.

이러한 의미에서 헌법 분야에서 『서울대학교 법학』은 지금까지의 연구성과에도 불구하고 여전히 새로운 시대적 과제를 안고 있다고 할 수 있다. 지난 50년간의 연구결과를 바탕으로 새롭게 변화하는 국내외적 헌법환경을 선도할 수 있도록 다양한 영역에서 심도깊은 학문적 연구를 이룩하는 것이 『서울대학교 법학』에게 요구된다고 하겠다. 아울러 통일법 분야에서도 총론적 논의를 벗어나 각론적이고 구체적으로 남북교류협력과 평화통일을 실현하기 위한 법제도적 장치에 대하여 더욱 풍성한 연구성과가 양산되기를 기대한다.